

MARCUS VINICIUS MEIRELES

***O PATRIMÔNIO MÍNIMO DO FIADOR LOCATÍCIO: uma
análise do artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90.***

BRASÍLIA

2011

MARCUS VINICIUS MEIRELES

***O PATRIMÔNIO MÍNIMO DO FIADOR LOCATÍCIO: uma
análise do artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90.***

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. João Paulo de Faria Santos.

BRASÍLIA
2011

RESUMO

O presente trabalho analisará a aplicação do inciso VII, do artigo 3º, da Lei 8.009/90, especialmente após a promulgação da Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000, que colocou expressamente o direito à moradia no rol dos direitos sociais. O tema será analisado à luz dos princípios e direitos garantidos constitucionalmente, como o direito à moradia, o direito à igualdade, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proteção à família, o princípio da proteção ao crédito, entre outros, além da abordagem sobre o patrimônio mínimo, cujo fundamento é agregar a esfera patrimonial à dignidade da pessoa humana, tendo em vista a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, onde foi negado provimento ao Recurso Extraordinário 407.688.

Palavras Chaves: Dignidade da pessoa humana. Impenhorabilidade. Bem de família. Patrimônio mínimo. Igualdade. Fiador. Locação.

SUMÁRIO

RESUMO.....	02
INTRODUÇÃO.....	04
1 A NOÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA E OS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NORTEADORES DESTE INSTITUTO.....	06
1.1 Bem de família: conceito e espécies.....	06
1.2 A lei 8.009/90.....	08
1.3 Direito à moradia.....	10
1.4 O patrimônio mínimo e sua repercussão no direito à moradia.....	12
1.5 Direito à propriedade.....	15
1.6 Direito à igualdade.....	17
1.7 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	19
1.8 Princípio da proteção à família.....	20
2 A FIANÇA LOCATÍCIA E O CONFLITO DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.....	23
2.1 O contrato de fiança.....	23
2.2 A alteração da lei nº 8.009/90 pela lei nº 8.245/91.....	25
2.3 Controvérsia sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício.....	25
2.4 O direito à moradia e o direito ao crédito.....	28
2.5 Possibilidade de relativizar o artigo 3º, inciso VII, da lei 8.009/90.....	30
3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	32
3.1 RE 407.688-8/SP.....	32
3.2 Voto do ministro Eros Grau.....	34
3.3 Voto do ministro Carlos Brito.....	35
3.4 Voto do ministro Celso de Mello.....	36
3.5 Posição Adotada.....	38
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS.....	47

INTRODUÇÃO

O bem de família é regulamentado pela Lei nº 8.009/90, que elenca como uma das principais características deste instituto a impenhorabilidade. Entretanto, esta característica não é absoluta, pois a própria lei disciplina, no artigo 3º, algumas exceções a esta regra. Posteriormente, a Lei 8245/91 acrescentou mais uma exceção ao artigo 3º da Lei do bem de família, possibilitando a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação de imóveis.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, o direito à moradia foi elevado ao status de direito social, conforme previsto no artigo 6º da Constituição da República. Sendo assim, surgiu na doutrina e na jurisprudência uma divergência sobre a recepção ou não do inciso VII, do artigo 3º da Lei 8.009/90, pela Emenda Constitucional nº 26.

Os defensores da impenhorabilidade do bem de família do fiador lançam mão dos princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, proteção à família, direito à moradia, direito à igualdade, entre outros. Os adeptos da penhorabilidade sustentam que a exigência de garantias é imprescindível para o crescimento do mercado locatício, sendo este fundamental para concretização do direito à moradia, já que proporciona a um número maior de pessoas o acesso à moradia alugada, desta forma, o preceito legal foi recepcionado pela constituição, pois não ofende o preceito constitucional.

O Supremo Tribunal Federal analisou a questão em sede de Recurso Extraordinário, onde por maioria de votos, foi negado provimento ao recurso que pleiteava a inconstitucionalidade do preceito legal. Foi firmado o entendimento de que o inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90 não ofende o dispositivo constitucional.

Entretanto, convém anotar que um dos princípios que norteia nosso ordenamento jurídico é a dignidade da pessoa humana, desta forma, toda interpretação legal deve ser feita à luz deste princípio fundamental, considerado pela nossa Constituição como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme estabelece o artigo 1º, inciso III. Além deste, temos o princípio da proteção à família, com fundamento no artigo 226, também da Constituição, que afirma que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. É notório que estes princípios não são absolutos, mas deve orientar os julgadores na aplicação prática do direito, desta forma, quando ficar evidente o confronto

entre princípios, o aplicador do direito deve escolher aquele que proporciona um resultado justo e equânime ao caso concreto, sob pena de desvirtuar a própria essência do direito, qual seja a busca pela justiça.

Quando nos referimos ao bem de família, estamos nos reportando a um único imóvel que serve de moradia ao indivíduo e sua família, ou seja, um mínimo necessário para sobrevivência de qualquer cidadão. A teoria do patrimônio mínimo, desenvolvida por Luiz Edson Fachin, prega a integração do patrimônio à esfera jurídica do cidadão, ou seja, quando se discute uma questão em torno de um determinado bem, deve ser levado em conta a dignidade da pessoa humana, e não o bem considerado em si mesmo, assim, a defesa de um patrimônio mínimo é a garantia do princípio constitucional da pessoa humana. Desta forma, o bem de família se reveste de uma qualidade imprescindível para a própria subsistência do indivíduo e sua família.

O tema será abordado a partir de uma análise legal, doutrinária e jurisprudencial, onde serão analisados alguns conceitos fundamentais para elucidação da questão, até alcançar uma resposta ao problema.

CAPÍTULO I- A NOÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA E OS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NORTEADORES DESTE INSTITUTO.

1.1 BEM DE FAMÍLIA: CONCEITO E ESPÉCIES.

A Constituição brasileira de 1988 tutelou uma série de princípios e garantias fundamentais, destacando-se o direito à moradia, o direito à propriedade, o direito à igualdade, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proteção à família, entre outros, com o objetivo de proteger o indivíduo enquanto pessoa humana.

Ricardo Arcoverde destaca a importância da Constituição na proteção da pessoa humana:

“a Constituição de 1988 impôs uma denominada repersonalização nas normas surgidas depois de sua promulgação. Inconstitucional será qualquer norma jurídica que desconsidere ou despreze a dignidade das pessoas, ou que dê preferência a uma situação patrimonial em detrimento do necessário resguardo ao ente humano¹”

O bem de família é um dos instrumentos utilizados na concretização do direito à moradia, cujo fundamento encontra-se no artigo 6º da Constituição Federal. O instituto ora analisado tem a função primordial de garantir o direito fundamental de moradia à família. Neste sentido pode-se encontrar a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – BEM DE FAMÍLIA – NATUREZA JURÍDICA DE AFETAÇÃO – NORMAS DO INCISO XXVI DO ART. 5º DA CF/88, DO § 2º DO ART. 4º DA LEI N. 8.009/90, E DO INCISO VIII DO ART. 649 DO CPC, QUE NÃO ILUSTRAM QUALQUER EXCEÇÃO À IMPENHORABILIDADE –FRAUDE À EXECUÇÃO – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. "A natureza jurídica do instituto bem de família é de afetação de um bem que seja meio idôneo a atender as necessidades de moradia de uma determinada família. Ao longo do tempo, tem existido incerteza relacionada à amplitude objetiva desta afetação, sendo que, hodiernamente, a afetação do bem de família quebrou grilhões para abranger, além dos bens imóveis, os valores mobiliários." (Couto Filho. in Dívidas Condominiais e Bem de Família no Sistema Jurídico Brasileiro, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005).

2. Desta forma, deve ser dada maior amplitude possível à proteção consignada na Lei n. 8.009/90, que decorre do direito constitucional à moradia estabelecido no caput do art. 6º da Constituição Federal de 1988.

3. Não se há falar em exclusão do direito de crédito, mas apenas, e tão somente, compatibilização entre aquele direito e o direito à moradia.

4. (...)

5. (...)²

Álvaro Villaça Azevedo elabora o seguinte conceito de bem de família:

¹ CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de família: teoria e prática*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.1

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1134427/SP. Recurso Especial 2009/0156962-9, Rel. Ministro Humberto Martins. Segunda Turma, publicado em DJe 01/07/2010. Acesso aos 11/08/2010.

“um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade”.³

Desprende-se do conceito duas características primordiais do instituto, quais sejam, a impenhorabilidade e a inalienabilidade.

No que tange a impenhorabilidade, prestigiou o legislador o valor família em detrimento do valor capital, assim, eventuais dívidas que os membros da família venham contrair deverão ser salgadas por outros meios, que não seja o imóvel residencial. A impenhorabilidade encontra fundamento na dignidade da pessoa humana e na proteção à família, tendo em vista que o direito à moradia é a garantia de um mínimo necessário para a subsistência familiar.

A inalienabilidade consiste na impossibilidade de transacionar o bem de família sem a devida autorização dos interessados, conforme dispõe o artigo 1.717 do Código Civil: “o prédio e os valores mobiliários constituídos como bem da família, não podem ter destino diverso do previsto no art. 1.712 ou serem alienados sem o consentimento dos interessados e seus representantes legais, ouvido o Ministério Público.”

No Ordenamento Jurídico brasileiro, o bem de família é regulamentado, principalmente, pelo Código Civil, através dos artigos 1.711 ao 1.722, e pela Lei 8.009/90. O Código Civil disciplina o bem de família voluntário, ou seja, aquele instituído por manifestação de vontade do proprietário ou da entidade familiar, já a Lei 8.009/90 tutela o bem de família legal, cuja proteção se dá independente da vontade das partes.

Convém ressaltar que a proteção não recai exclusivamente sobre o imóvel destinado à moradia, compreende também as pertenças e acessórios, desde que destinados a domicílio familiar, além de valores mobiliários utilizados na conservação do imóvel e no sustento da família, segundo estabelece o artigo 1.712 do Código Civil.

O parágrafo único do artigo 1º da Lei 8.009/90 estabelece que a impenhorabilidade abrange, além do imóvel residencial, as construções e plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, e os móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou neste sentido:

³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família*: com comentários à Lei 8.009/90. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 94

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. BEM DE FAMÍLIA. APARELHO DE AR CONDICIONADO. IMPENHORABILIDADE. LEI N.º 8.009/90.

1. É impenhorável o imóvel residencial caracterizado como bem de família, bem como os móveis que guarnecem a casa, nos termos do artigo 1.º, e seu parágrafo único, da Lei n.º 8.009, de 25 de março de 1990(...).
2. O artigo 2.º da mencionada Lei, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, aponta os bens que devem ser excluídos da impenhorabilidade, quais sejam: veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos.
3. In casu, os bens de propriedade dos recorridos, sob os quais externa o exequente a pretensão de fazer recair a penhora (aparelhos de ar condicionado), não se enquadram em nenhuma das hipóteses previstas no referido dispositivo, pelo que não há falar em ofensa ou negativa de vigência a lei federal.
4. Recurso especial a que se nega provimento.⁴

Observa-se no julgado que não foi deferido a impenhorabilidade sobre aparelho de ar condicionado, tendo em vista que constitui adorno suntuoso, não constituindo bem essencial à manutenção da família.

1.2 A LEI 8.009/90

A Lei 8.009/90, inspirada nos princípios da proteção à família e na dignidade da pessoa humana, criou o bem de família legal, cuja proteção se dá independentemente da vontade das partes, ou seja, mesmo que não haja a instituição pela família, o imóvel destinado a moradia recebe a proteção legal.

Sob o manto da impenhorabilidade, o bem de família legal tem o condão de preservar o interesse coletivo na estabilidade da residência, amparando a família ou entidade familiar, conforme estabelece o artigo 1º da referida Lei. Entretanto, tal impenhorabilidade é apenas relativa, haja vista que existem situações descritas na Lei em que é possível a penhora, mesmo sobre o bem de família, segundo estabelece o artigo 3º:

“Art. 3º. A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

- I- em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;
- II- pelo titular do crédito decorrente de financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos construídos em função do respectivo contrato;
- III- pelo credor de pensão alimentícia;
- IV- para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;
- V- para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 836576/MS. Recurso Especial 2006/0072755-4, Rel. Ministro Luiz Fux. Primeira Turma, publicado em DJ 03/12/2007. Acesso aos 11/08/2010.

pelo casal ou pela entidade familiar;

VI- por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens;

VII- por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.”

Este artigo tem sido alvo de muitos debates, especialmente em relação ao inciso VII, que permite a penhora sobre o bem de família do fiador em contratos de fiança locatícia. Tal impasse surgiu, especialmente, depois da promulgação da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que consagrou a moradia como direito social fundamental.

A expropriação forçada do bem de família pode refletir diretamente sobre a família do fiador, atingindo um direito constitucionalmente garantido, qual seja, o direito à moradia. Observa-se que a finalidade do bem de família é proteger a entidade familiar, considerada a base da sociedade, segundo dispõe o artigo 226 da Constituição. Esclarece Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos a importância da família na sociedade:

“Na base da sociedade, como se sabe, está a família, núcleo de formação e desenvolvimento do indivíduo. O ser humano deve estar, portanto, acima de quaisquer outros interesses do Estado. Forçoso reconhecer, assim, que havendo falha ou lacuna no cumprimento de uma das funções estatais, outra função deverá ser desempenhada - normalmente a jurisdicional -, pronta a restaurar o direito violado e a assegurar à sociedade a efetiva realização dos direitos fundamentais.”⁵

Através da constitucionalização do direito civil, o aspecto patrimonialista das relações entre os particulares foi perdendo espaço para as relações onde prevalece o interesse na pessoa humana, ou seja, os princípios e garantias constitucionais foram vistos através da ótica da pessoa humana. O interesse na proteção e garantia do crédito passou a ser analisado de acordo com os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição.

Desta forma, mesmo que haja disposição expressa na lei permitindo a penhora do bem de família em situações excepcionais, a interpretação do dispositivo deve ser feita através de uma visão constitucional, sob pena de se negar valores garantidos expressamente pela nossa Constituição, como o direito à moradia, que constitui uma necessidade existencial de todo ser humano.

O objeto do nosso estudo estará centrado na possibilidade de não aplicar a penhora na hipótese do inciso VII, que trata da obrigação do fiador frente ao contrato de locação, para tanto, devemos analisar alguns princípios e garantias fundamentais amparados

⁵ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A impenhorabilidade do Bem de Família e as novas entidades familiares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 153.

pela nossa Constituição.

1.3- DIREITO À MORADIA

Através da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, o direito à moradia foi erigido à categoria de direito social, conforme dispõe o artigo 6º da Constituição, que passou a vigorar com a seguinte redação: “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição”.

Com a promulgação de tal Emenda, a doutrina começou a divergir sobre a aplicação artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90. A discussão está centrada em saber se os dispositivos Constitucionais que tratam dos direitos sociais (incluindo o direito à moradia) possuem aplicação imediata ou são apenas normas programáticas. Em que pese o §1º do artigo 5º da Constituição dispor que as normas constitucionais definidoras de direitos e garantias constitucionais têm aplicação imediata, há divergência de opiniões em relação às normas que disciplinam os direitos sociais, ou seja, se possuem aplicação imediata ou dependem de normas complementares para sua aplicação.

André Ramos Tavares explica a classificação da eficácia das normas constitucionais nas seguintes palavras:

São normas constitucionais de eficácia plena aquelas que têm aplicabilidade imediata, e portanto independem de legislação posterior para sua plena execução. Desde a entrada em vigor da Constituição, produzem seus efeitos essenciais, ou apresentam a possibilidade de produzi-los.

(...)

As normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que dependem de regulamentação futura, na qual o legislador infraconstitucional vai dar eficácia à vontade do constituinte.⁶

A aplicação do artigo 3º da Lei 8.009/90 dependerá da posição adotada, ou seja, se concluir pela eficácia imediata da norma constitucional, não deverá ser aplicado o disposto na Lei, já se o entendimento for o de que a norma constitucional é uma norma de eficácia limitada ou programática, há a possibilidade de aplicação do preceito legal.

A tendência da doutrina atual é reconhecer maior vinculação às normas programáticas e conferir maior eficácia a elas. Neste sentido leciona Tatiana Bonatti Peres: “Modernamente, não se justifica entender que o conteúdo da Constituição Federal seja meramente uma recomendação de forma de agir do Estado – é necessário concretizar e dar

⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 94-95.

efetividade aos seus dispositivos”.⁷

O Superior Tribunal Federal, em decisão recente, no RE 407.688, por maioria de votos, entendeu ser aplicável a penhora sobre o bem de família do fiador, entendendo que não constitui violação ao artigo 6º da Constituição. Portanto, o artigo 3º, inciso VII da Lei 8.009/90 foi recepcionado pela Constituição, segundo entendimento do Supremo.

Entretanto, independente do entendimento adotado, devemos tecer algumas considerações em relação ao assunto, haja vista que o direito à moradia constitui necessidade vital para o ser humano, condição mínima para uma existência digna.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

Sempre haveria como reconhecer um direito fundamental à moradia como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), já que este reclama, na sua dimensão positiva, a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade, podendo servir até mesmo como fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, mas inequivocamente destinados à proteção da dignidade.⁸

O direito à moradia deve ser reconhecido como um direito fundamental, que exige a participação ativa do Estado e a colaboração da sociedade na concretização deste direito, pois constitui um dos meios eficazes na concretização da dignidade da pessoa humana.

A fundamentalidade do direito a moradia decorre de dois planos: a formal e a material. A fundamentalidade formal decorre da localização no texto constitucional, ou seja, está disposto no Título II da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais. A fundamentalidade material decorre da importância da moradia na vida do cidadão, haja vista que constitui um mínimo existencial, sem o qual há expressa violação da dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais ainda podem ser analisados de acordo com a posição que desempenham. Em sua obra, *Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy⁹ propõe uma classificação dos direitos fundamentais segundo as posições jusfundamentais, ou

⁷ PERES, Tatiana Bonatti. Direito à moradia. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.11, n.42, p. 75, abr./jun. 2010.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição. *Revista Brasileira de Direito Público RBDP*, Belo Horizonte, v. 1, n.2, p. 79, jul./set. 2003.

⁹ ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p.163-173.

seja, a posição que o indivíduo se encontra em relação ao Estado. O eminente autor afirma que as normas jusfundamentais atribuem três posições jurídicas ao indivíduo: direito a algo, liberdades e competências.

O direito a algo, que é o que nos interessa, podem ser divididos em ações negativas (direitos de defesa) e ações positivas, que o Estado deve desempenhar frente ao indivíduo. As ações negativas compreendem o não impedimento de ações, a não afetação de determinadas propriedades ou situações e a não eliminação de posições jurídicas. As ações positivas se dividem em ações fáticas e normativas. O direito à moradia se situa no direito a algo, exigindo, desta forma, prestações positivas e negativas por parte do Estado.

Cláudia Honório, analisando as duas facetas do direito a algo aplicado ao direito à moradia, explica:

Em sua dimensão negativa ou defensiva, o direito à moradia traz consigo o direito de o Estado e os demais particulares respeitarem e não intentarem contra a moradia. Assim, todos estão vinculados ao direito à moradia, devendo interpretar a legislação infraconstitucional e solucionar colisões tendo esta baliza. Nesse prisma, a norma impõe, ainda, a vedação do retrocesso no tratamento legislativo, sendo que o direito à moradia não pode ser suprimido ou restringido arbitrariamente, nem reduzidas as conquistas até agora alcançadas.

Na sua dimensão positiva ou prestacional, o direito à moradia implica um dever do Estado de editar normas jurídicas para efetivar o direito, e de promover a satisfação do interesse mediante atuação judicial ou administrativa.¹⁰

Conclui-se, portanto, que o direito à moradia é um direito fundamental, necessário a uma vida digna, e que, por este motivo, deve ser garantido e respeitado pelo Estado e por toda a coletividade, sob pena de ferir um dos princípios basilares da ordem jurídica brasileira, além de impedir acesso ao mínimo necessário à existência dos cidadãos, desestruturando a ordem econômica e descumprindo os objetivos traçados pela Constituição.

1.4- O PATRIMÔNIO MÍNIMO E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO À MORADIA.

Preconizada por Luiz Edson Fachin¹¹, a teoria do patrimônio mínimo tem a função primordial de defender a existência digna da pessoa humana. Prega a integração de um patrimônio à esfera jurídica das pessoas, tendo como características a inalienabilidade e a impossibilidade de expropriação.

O fundamento do patrimônio mínimo encontra-se no artigo 548 do Código

¹⁰ HONÓRIO, Cláudia. Penhorabilidade do bem de família do fiador e direito à moradia: uma leitura sistemática constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 104, n.396, p. 34-35, mar./abr. 2008.

¹¹ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Civil, no qual proíbe a auto-redução à miserabilidade, desta forma, por interpretação analógica, há o entendimento de que é vedado a instauração de estado de paupérrimo, seja ele voluntário ou coativo, por força judicial ou extrajudicial. Fundamenta, ainda, tal teoria, o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, que tutela o direito à vida, e o *caput* do artigo 170, também da Constituição, que estabelece como finalidade da ordem econômica a garantia de uma vida digna a todos.

Convém ressaltar que a teoria do patrimônio mínimo não se confunde com a propriedade privada considerada em si mesma. Não é objeto da teoria a propriedade individual, mas a esfera patrimonial mínima agregada à dignidade da pessoa humana, cujo objetivo é o atendimento às necessidades básicas e essenciais de qualquer ser humano.

O que importa em uma relação jurídica em que envolva o patrimônio não é a garantia deste como bem inviolável, absoluto, mas antes, colocar o ser humano no núcleo desta relação de tal forma que seja garantida sua dignidade. O patrimônio tem o condão de permitir que o indivíduo se estabilize e dê um sentido a sua vida, de modo a propiciar a qualquer cidadão possibilidades de se desenvolver, seja materialmente ou moralmente, e consequentemente viver dignamente. O patrimônio é um mínimo indispensável para a erradicação da pobreza e diminuição das desigualdades sociais, objetivos do Estado Democrático de Direito, que vão além de garantir a mera sobrevivência humana, mas dar alternativas ao ser humano para que possa valorizar-se pessoalmente e desenvolver a personalidade.

Explica Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

O mínimo existencial atende ao mínimo sociocultural de uma vida saudável com possibilidade de realização de escolhas que atendam ao pleno desenvolvimento da personalidade. O ingresso à saúde básica, o ensino fundamental, assistência social, moradia, cultura, lazer são meios tendentes à promoção da igualdade material. Estes bens jurídicos formam o elemento nevrálgico dos direitos fundamentais sociais, sendo interditada qualquer forma de intervenção restritiva por parte do Estado ou de particulares¹².

O que se pretende com a defesa do patrimônio mínimo é a garantia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, protegendo o indivíduo e não o patrimônio. Assim, garante a aplicabilidade dos direitos fundamentais antes de qualquer princípio individualista, como explica Luiz Edson Fachin:

A proteção do patrimônio mínimo não está atrelada à exacerbação do

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.183.

indivíduo. Não se prega a volta ao direito solitário da individualidade suprema, mas sim do respeito ao indivíduo numa concepção solidária e contemporânea, apta a recolher a experiência codificada e superar seus limites. Ademais, está além da concepção contemporânea do patrimônio¹³.

Há uma verdadeira repersonalização do Direito Civil, uma mudança de paradigma, onde a dignidade humana é valorizada em detrimento da iniciativa econômica privada.

Só há efetivação do princípio da dignidade humana se outros princípios e garantias fundamentais previstos na Constituição forem observados e garantidos, conforme salienta Fachin:

A dignidade da pessoa é princípio fundamental da República federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo da idéias diretivas básicas de toda ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a idéia de predomínio do individualismo atomista no Direito.¹⁴

Desta forma, o direito à moradia repercute diretamente na teoria do patrimônio mínimo, tendo em vista que é um direito fundamental e imprescindível na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. A lei 8.009/90, ao proteger o bem de família contra eventuais penhoras que podem recair sobre o imóvel residencial, tutela o princípio da dignidade, conferindo especial proteção à família.

Permitir a penhora sobre o imóvel da entidade familiar, ainda que em decorrência do permissivo legal do artigo 3º, inciso VII da Lei, afronta diretamente a dignidade humana, já que retira um patrimônio mínimo necessário à subsistência e desenvolvimento familiar. A vida digna deve prevalecer sobre a garantia do crédito, haja vista que todo nosso Ordenamento Jurídico encontra fundamento na pessoa humana.

Tutelado pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, com fundamento no artigo 6º da Constituição, o direito fundamental à moradia é um dos direitos inerentes à pessoa humana, compreendendo o núcleo mínimo de direitos assegurados à pessoa pelo simples fato de existir. Todo conjunto de direitos fundamentais previstos e tutelados na Constituição orbita em torno da dignidade da pessoa humana, sendo um meio indispensável na concretização deste princípio, conforme explica Fachin:

Os direitos fundamentais, que o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 considera invioláveis, são inerentes à dignidade humana, neles se traduzem e concretizam as faculdades que são exigidas pela dignidade, assim como

¹³ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.167.

¹⁴ FACHIN, op.cit., p.179-180.

circunscrevem o âmbito que se deve garantir à pessoa para que aquela se torne possível.

Aplica-se não só aos direitos fundamentais, mas a todos os demais direitos consagrados pela Constituição nos artigos seguintes; dentre estes, aqueles chamados de direitos sociais.¹⁵

Garantindo o direito à moradia, o Estado preserva um mínimo necessário à subsistência do cidadão e atua na concretização da dignidade da pessoa humana.

1.5- DIREITO À PROPRIEDADE

A propriedade é um direito fundamental, reconhecido pela Constituição Federal ao lado de valores como a vida, a liberdade, a igualdade e a segurança, consoante expressa *caput* do artigo 5º. Além do reconhecimento, ainda dispõe o inciso XXII do mesmo preceito constitucional que é “garantido o direito de propriedade”.

A propriedade protegida não é mais aquela derivada da relação do titular com a coisa, no qual era considerada absoluta, exclusiva e inviolável. Hoje a propriedade assume um papel constitucional, qual seja o cumprimento da função social, conforme estabelece o artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição. Rompe, desta forma, com o conceito individualista e puramente privado de propriedade para abarcar o interesse coletivo na adequada utilização do bem.

André Ramos Tavares destaca a importância da propriedade e de sua função social:

A propriedade privada é considerada como elemento essencial ao desenvolvimento do modelo capitalista de produção, e, ademais, o direito à propriedade é inafastável da concepção de democracia atualmente existente. Foi por esse motivo que se preservou o direito de propriedade, alterando-se-lhe o conteúdo, com a consagração de direitos sociais, e, ainda, com a declaração expressa de que também a propriedade é alcançada pela concepção social do Direito, o que se dá pela determinação de que a propriedade cumprirá sua função social¹⁶.

A função social é um princípio intrínseco aos direitos subjetivos. Cumpre a função social aquele que ao exercer um determinado direito, não fere interesses sociais. Desta forma, os interesses particulares são tutelados na medida em que convirjam com os interesses da sociedade.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que “a função social é um princípio que opera um corte vertical em todo sistema de direito privado. Ela se

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.181.

¹⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 642.

insere na própria estrutura de qualquer direito subjetivo para justificar a razão pela qual ele serve e qual papel desempenha”.¹⁷

Como qualquer outro direito subjetivo, a propriedade também tem uma função social a cumprir. Utilizar o imóvel como moradia é uma das formas de cumprir a função social, já que não se fala mais na relação do titular do bem com a coisa, mas na função primordial da propriedade em garantir um mínimo necessário à subsistência e manutenção da família ou entidade familiar.

Existem vários dispositivos na Constituição que tratam do direito de propriedade, como o artigo 5º, incisos XXIV e XXV, que tratam da desapropriação; o artigo 170, incisos II e III, que eleva a propriedade e sua função social como princípios da ordem econômica; os artigos 182 ao 191, que tratam da propriedade urbana e rural, entre outros não menos importante para regulamentação da matéria.

Como enfatizado, o direito à propriedade é um direito fundamental do cidadão, cujo objetivo é propiciar condições para que o indivíduo desenvolva sua personalidade e tenha mínimas condições de sobrevivência.

Anota Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

O reconhecimento da propriedade como direito humano se prende à sua função de proteção pessoal de seu titular. Há uma função individual da propriedade que consiste na garantia da autonomia privada do ser humano e no desenvolvimento de sua personalidade, pois os direitos reais são outorgados a uma pessoa para a realização pessoal da posição de vantagem que exerce sobre a coisa.¹⁸

Para que haja efetividade na concretização deste direito é necessária a participação ativa do Estado, já que podemos afirmar que a propriedade constitui uma das formas de subsistência do Estado. Também é imprescindível a colaboração da sociedade na consecução deste direito, tendo em vista que o titular exerce o poder de dominação sobre o bem, o que já demanda uma conduta omissiva da sociedade.

Qualquer intromissão não justificada no direito sob comento poderá representar violação à liberdade dos indivíduos. Isto porque o Estado tem que assumir um papel paternalista, e, na busca de desenvolver a igualdade social, elabora programas assistenciais retirando a capacidade de autossustentação dos cidadãos, que ficam a mercê dos referidos programas para sobreviverem, sem um mínimo de dignidade.

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 200.

¹⁸ FARIAS, op.cit., p.179.

Qualquer atuação estatal deve ser pautada com base no princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que o direito serve unicamente como garantia pessoal, ou seja, a máquina estatal só existe e funciona em razão da pessoa humana, sendo que qualquer violação da liberdade e autonomia pessoal representará violação clara à dignidade da pessoa humana.

1.6- DIREITO À IGUALDADE

A idéia de igualdade ou isonomia foi desenvolvida a partir do conceito de justiça. Nossa Constituição, no *caput* do artigo 5º, diz expressamente que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Tal princípio é reforçado por outras normas constitucionais, como o inciso I do próprio artigo 5º que reconhece a igualdade entre homens e mulheres; o artigo 7º, incisos XXX e XXXI, que consagram regras de igualdade nas relações de trabalho; o artigo 3º, inciso III, que prevê como objetivo da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades sociais e regionais e o inciso IV do mesmo dispositivo, que repulsa qualquer forma de discriminação, além das normas que asseguram o direito à saúde, à educação, a preocupação com a justiça social, enfim, normas que buscam um real direito à igualdade.

Como é notório, os seres humanos apresentam traços que os distinguem uns dos outros, como cor, cultura, sexo, credo e diversas outras diferenças. O princípio da igualdade prega um tratamento diferenciado, onde os iguais são tratados de forma igual e os desiguais de forma desigual.

Robert Alexy comenta sobre a igualdade nas seguintes palavras:

el principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban se tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales, desde todos los puntos de vista. Por otra parte, si ha de tener algún contenido, no puede permitir todas las diferenciaciones y todas las distinciones. Cabe preguntarse si, y cómo puede encontrarse una via intermedia entre estos extremos. Una clave al respecto la ofrece la fórmula clásica: <<Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual>>.¹⁹

Existem duas espécies de igualdade: a absoluta e a relativa. Aquela, também denominada de igualitarismo, prega a igualdade plena perante todos os homens, entretanto, tal concepção enseja uma verdadeira desigualdade, haja vista que transforma o Estado em totalitário, favorecendo idéias que são abertamente contra a igualdade. Já a igualdade relativa

¹⁹ ALEXI, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p.350-351.

se relaciona com a diversidade humana, levando em conta os traços que distinguem os seres humanos.

Observa Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos:

Contemporaneamente, em nosso país, a igualdade relativa, proporcional – e não o igualitarismo –, foi adotada nos textos constitucionais, pois só ela se coaduna com a ordem jurídica, sendo da essência do Direito tratar de modo diferente pessoas em diferentes situações. Assim é que as próprias Constituições brasileiras estabelecem distinções, classificações, disciplinando diferentemente situações distintas.²⁰

O princípio da igualdade vincula tanto o legislador como o julgador. Desta forma, não só na elaboração da lei, como também na interpretação dos dispositivos legais, a isonomia deve orientar a ação das autoridades competentes, para não gerar discriminação ou privilégios arbitrários.

A lei 8.009/90 estabelece critérios diferenciadores em relação à aplicação da impenhorabilidade do bem de família, sendo tal benefício retirado de determinadas pessoas, consoante expressa o artigo 3º da referida Lei. Tal critério não afronta o direito à igualdade, tendo em vista que garante interesses legitimamente reconhecidos. Entretanto, devemos tecer algumas ressalvas ao inciso VII, tendo em vista que o fiador encontra-se em flagrante inferioridade ao afiançado, já que responde ilimitadamente pelo crédito garantido. Enquanto o fiador pode ter seu imóvel residencial penhorado para saldar o débito, o locatário faz jus ao benefício legal da impenhorabilidade, sendo que até os móveis que guarnecem a residência do afiançado são impenhoráveis, conforme estabelece o artigo 2º da Lei 8.009/90. Na ação de regresso o afiançado poderá arguir a impenhorabilidade legal de seu imóvel residencial, enquanto o fiador poderá perder seu lar para saldar a dívida. Ora, diante de tal injustiça, deverá o julgador, diante do caso concreto, estabelecer critérios para equilibrar a situação do fiador frente ao locatário, sob pena de afrontar o princípio da isonomia.

A impenhorabilidade legal, regulamentada pela Lei 8.009/90, é um instrumento hábil na redução das desigualdades sociais, já que garante o direito à moradia a todos os cidadãos, possibilitando uma vida digna a todos. No que tange às exceções traçadas no artigo 3º, o julgador deverá ter uma visão mais justa e solidária, de acordo com o caso concreto, de modo a proporcionar a igualdade de todos, especialmente no inciso VII, que traz uma flagrante desigualdade entre fiador e afiançado.

O interesse social deve prevalecer sobre o interesse patrimonial, sob pena de

²⁰ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A impenhorabilidade do Bem de Família e as novas entidades familiares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 179.

afrontar princípios e garantias constitucionais expressamente reconhecidos pela nosso Ordenamento Jurídico, como o direito a igualdade, além de descumprir um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, a redução das desigualdades sociais e regionais, conforme disposição do artigo 3º, inciso III da Constituição.

1.7- PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é expressamente reconhecido pelo nosso ordenamento jurídico e constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consoante expressa o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal:

Art. 1º “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III- a dignidade da pessoa humana.”

Existem outros dispositivos constitucionais que reconhecem o direito a uma vida digna aos cidadãos: o *caput* do artigo 170 prevê como fim da ordem econômica a existência digna a todos; o artigo 226, §7.º fundamenta o planejamento familiar no princípio da dignidade da pessoa humana; o *caput* do artigo 227 assegura à criança e ao adolescente o direito à dignidade.

Não é tarefa fácil conceituar dignidade da pessoa humana, entretanto, podemos dizer que os dispositivos constitucionais indicam que o Estado tem o dever de propiciar condições mínimas para que as pessoas se tornem dignas, tendo em vista que o Estado só existe em razão da pessoa humana e não o contrário.

Segundo Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos:

Preservar a dignidade da pessoa humana implica em respeitar e proteger a integridade física e corporal do indivíduo - do que decorre, entre outras ações, a proibição da pena de morte e de trabalhos forçados - , garantir condições adequadas de vida para o indivíduo e sua família - tomando-se, como exemplo, os direitos sociais relativos ao trabalho e à seguridade social -, assegurar isonomia e a autonomia de todos os seres humanos, bem como garantir ao indivíduo um espaço particular, onde se desenvolva a sua vida e a de sua família, inviolável até mesmo pelo próprio Estado.²¹

Em essência, o princípio sob apreço não é um direito, nem muito menos um direito fundamental. Trata-se, na verdade, de um atributo que o ser humano possui na condição de pessoa humana, desta forma, o Estado, valendo-se dos princípios e garantias fundamentais, protege e concretiza a dignidade de todas as pessoas.

²¹ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A impenhorabilidade do Bem de Família e as novas entidades familiares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 175.

A dignidade da pessoa humana deve ser entendida como um fim a ser alcançado e não como um meio para alcançar um determinado fim. Para que haja efetividade na garantia deste princípio, é necessário que tanto o Estado como a sociedade pratiquem atos para que tal fim seja satisfeito, também é necessário a abstenção de condutas que impeçam sua realização.

O princípio sob comento deve pautar a conduta dos legisladores e julgadores na criação e aplicação das normas jurídicas, sob pena de ferir um dos princípios basilares de nossa ordem jurídica.

O bem de família constitui um dos meios eficazes na consecução da dignidade humana, tendo em vista que defere à entidade familiar um mínimo necessário à sua subsistência, conforme salienta Aline Lopes Ruas: “a dignidade da pessoa humana tem como núcleo o mínimo existencial, que envolve o conjunto de bens e utilidades indispensáveis a uma vida humana digna, tais como a saúde, a educação fundamental, e o direito à moradia”.²²

Observa-se, portanto, que a impenhorabilidade do bem de família constitui meio eficaz na concretização da dignidade humana, mesmo em detrimento do princípio da responsabilidade patrimonial, haja vista que a moradia é um direito fundamental, imprescindível a qualquer ser humano, constituindo condição mínima de existência. Não há como falar em dignidade se não há um mínimo necessário para sobrevivência e subsistência familiar.

1.8- PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À FAMÍLIA

A família é uma das instituições mais importantes da sociedade, tendo como característica principal os laços da afetividade. É no seio familiar que os indivíduos desenvolvem sua personalidade, onde encontram afeto e suporte para as principais decisões da vida. Deve o Estado proteger e propiciar condições mínimas para o fortalecimento e desenvolvimento da família, sob pena de desestabilizar e comprometer o núcleo da sociedade.

O *caput* do artigo 226 da Constituição estabelece que a família é a base da sociedade e possui especial proteção do Estado. Assim como a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos do Estado, a proteção à família também se enquadra neste conceito, devendo ser tratada como direito fundamental.

Uma das formas de proteger a família é a garantia de um lar, um espaço

²² RUAS, Aline Lopes. A penhorabilidade do bem de família do fiador à luz dos direitos e garantias fundamentais. *UNESC em Revista*, Espírito Santo, v. 9, n.19, p. 23, jan./jun. 2006.

físico onde a mesma tenha condições mínimas para se desenvolver, não só materialmente como também afetivamente. O bem de família cumpre esta determinação, tendo em vista que torna o imóvel residencial impenhorável por dívidas contraídas pelos membros da família.

Observa Álvaro Villaça Azevedo:

A violação do lar é a quebra da última proteção humana; o aniquilamento de uma família é a incineração do próprio amor, amor da casa, amor da rua, amor de um semelhante por outro; em uma palavra: amor.

A maior missão do Estado é a de preservar o organismo familiar sobre que repousam suas bases. Cada família que se desprotege, cada família que se vê desposada, a ponto de insegurar-se quanto à sua própria preservação, causa, ou pelo menos deve causar ao Estado, um sentimento de responsabilidade, fazendo-o despertar a uma realidade que clama por uma recuperação.²³

Os artigos 1º e 5º da Lei 8.00/90 fazem referência ao “imóvel do casal ou da entidade familiar”, desta forma, convém analisar quais indivíduos encaixam no conceito de entidade familiar, já que por casal podemos entender o vínculo jurídico familiar decorrente do casamento.

O §§ 3º e 4º do artigo 226 da Constituição reconhece como entidade familiar a união estável entre homem e mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Desta forma, enquadram-se no conceito de entidade familiar os companheiros, aqueles que vivem em união estável e a família monoparental, aquela formada pela comunidade de um dos pais e seus descendentes.

Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos salienta a finalidade da Lei em proteger estas entidades familiares:

Protegendo a família, seja ela matrimonializada ou oriunda de união estável, biparental ou monoparental, estará, o Estado, tutelando o ser humano, garantindo-lhe dignidade e permitindo-lhe um total desenvolvimento pessoal. Claro está que a proteção do Estado não se restringe aos aspectos patrimoniais e aos vínculos obrigacionais, mas às entidades familiares em seu sentido amplo, considerada a vinculação afetiva de seus membros e sua intenção de constituir uma família tão importante do ponto de vista social quanto a denominada família legítima.²⁴

Uma questão relevante é saber se em determinadas situações não mencionadas na Lei, como os indivíduos que residem sozinho, merecem interpretação extensiva, alcançando a proteção legal.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre o assunto, entendendo ser extensivo o benefício do bem de família aos indivíduos que residem só, conforme se extrai

²³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família*: com comentários à Lei 8.009/90. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.214

²⁴ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A impenhorabilidade do Bem de Família e as novas entidades familiares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.95.

do seguinte julgado:

RESP - CIVIL - IMÓVEL - IMPENHORABILIDADE - A Lei nº 8.009/90, o art. 1º precisa ser interpretada consoante o sentido social do texto. Estabelece limitação à regra draconiana de o patrimônio do devedor responder por suas obrigações patrimoniais. O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantindo-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laços de casamento, união estável, ou descendência. Não se olvidem ainda os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substitutiva. Nessa linha, conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, e como, normalmente acontece, passam a residir em outras casas. "Data venia", a Lei nº 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário - à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, "data venia", põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal.²⁵

Rita de Cássia também entende ser aplicável as normas do bem de família às pessoas solteiras:

O sentido social da Lei busca, na verdade, garantir um teto para cada pessoa, e sob essa ótica deve ser interpretada. Entender, por exemplo, que a pessoa solteira não possa ter uma residência reservada à família que, futuramente, poderá ser constituída, poderá levar o julgador a cometer injustiça, fazendo prevalecer uma deficiente interpretação literal.²⁶

Desta forma, pode-se afirmar que a Lei visa à proteção de todos os indivíduos, não merecendo acato a posição que considera penhorável o imóvel em que o devedor reside sozinho sob alegação que não constitui família. Assim, o conceito de família deve ser ampliado para alcançar o devedor solteiro.

Como o objetivo imediato da Lei é a proteção à família ou entidade familiar, e não o bem considerado em si mesmo, deve o julgador, em suas decisões, se pautar de acordo com o objetivo social da Lei, de modo a propiciar condições mínimas para que os indivíduos se desenvolvam e formem seu caráter. Invasando o direito de morar dos cidadãos, estará abalando a estrutura do próprio Estado, já que é a família que constitui a base da sociedade.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 182.223/SP. Recurso Especial 1998/0052764-8, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Sexta Turma, publicado em DJ 10/05/1999. Acesso aos 10/08/2010.

²⁶ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A impenhorabilidade do Bem de Família e as novas entidades familiares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.140.

CAPÍTULO II - A FIANÇA LOCATÍCIA E O CONFLITO DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.

2.1 - O CONTRATO DE FIANÇA.

O contrato de fiança, regulamentado pelo Código Civil através dos artigos 818 ao 839, tem como função primordial garantir o cumprimento de uma determinado obrigação, por isso se diz que é um contrato de garantia. Paulo Nader o conceitua como aquele em que “alguém (fiador) se compromete, perante o credor, a responder, subsidiária ou solidariamente, pelas obrigações assumidas pelo devedor (afiançado).”²⁷

Trata-se de um contrato acessório, vinculado a um principal, desta forma, para execução do contrato de fiança é imprescindível a validade do contrato principal. Qualquer vício que macule o contrato principal refletirá diretamente no contrato de fiança, assim, se o contrato principal for nulo também será o de fiança.

Há uma relação jurídica entre o credor e o fiador, independente da vontade do devedor, conforme estabelece o artigo 820 do Código Civil. No contrato principal, a relação se estabelece entre devedor e credor, já no contrato de fiança existe uma relação entre o fiador e o credor da obrigação principal.

O contrato de fiança é um contrato *intuitu personae*, pois o credor deverá analisar as condições econômicas do fiador e constatar sua idoneidade para honrar o compromisso assumido. É um contrato unilateral, porque gera obrigação apenas para o fiador. É em regra gratuito, tendo em vista que a fiança é prestada por mera liberalidade, geralmente entre amigos ou parentes, nada impede, entretanto, que seja onerosa, como a fiança bancária. É um contrato benéfico, e que por isto exige interpretação restritiva, segundo as regras dos artigos 114 e 819, ambos do Código Civil.

A obrigação do fiador pode ser subsidiária ou solidária. Aquela se dá quando o devedor principal não cumpre sua obrigação, podendo o credor pretender o cumprimento da obrigação contra o fiador apenas no caso de inadimplemento do devedor, já na responsabilidade solidária, o fiador poderá cobrar do fiador ou devedor, independente da ordem.

Tratando-se de fiança subsidiária, o credor só poderá pretender a cobrança do fiador após ter cobrado judicialmente do devedor. Se não proceder assim, o fiador poderá invocar o benefício de ordem, ou seja, pretender a execução dos bens do devedor-afiançado

²⁷ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: contratos*. 3.ed. v.3. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 424.

primeiro e, somente após esgotadas as chances de adimplemento, ter seu patrimônio executado para adimplemento da obrigação.

Uma vez efetuado o pagamento, o fiador tem direito de regresso contra o devedor, cabendo, inclusive, direito a indenização por perdas e danos, conforme prescreve o artigo 832 do Código Civil.

Cumprida a obrigação principal, seja pelo devedor principal seja pelo fiador, extingue-se a fiança. Também é motivo de extinção a morte do fiador, sendo que neste caso a obrigação passa aos herdeiros, mas limitada às forças da herança e aos débitos existentes até a data da abertura da sucessão, conforme estabelece o artigo 836 do Código Civil. Além destas, as causas que extinguem os contratos em geral também extinguem a fiança, como a confusão, novação, compensação, entre outras. Segundo o artigo 838, também extinguem a fiança a concessão de moratória, a frustração da sub-rogação legal e a dação em pagamento. Se a fiança for prestada por prazo indeterminado, o fiador pode exonerar-se, desde que decorridos sessenta dias após a notificação do credor. Pode o fiador opor as exceções pessoais e extintivas da obrigação, quando acionado pelo credor, segundo previsão do artigo 837 do Código Civil.

A Lei 8.245/91, que regulamenta as locações dos imóveis urbanos, adotou a fiança como uma das formas de garantia locatícia, conforme estabelece o artigo 37 da referida Lei:

Art. 37. “No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia:

I- caução;

II- fiança;

III- seguro de fiança locatícia.

Eliane Maria Barreiros Alina, comentando tal dispositivo, afirma: “das três modalidades, a fiança é a preferencialmente utilizada, sendo mais prática do que a caução, e, ainda, pelo fato de existir enorme resistência ao seguro fiança locatícia em razão do desagrado geral em relação às suas regulamentações”²⁸.

Tal disposição é essencial na garantia e manutenção do mercado imobiliário, já que permite uma maior segurança nas relações locatícias. Sem dúvida, o contrato de fiança é um dos instrumentos mais difundidos e eficazes na garantia do crédito, já que permite a

²⁸ AINA, Eliane Maria Barreiros. *O Fiador e o direito à moradia: Direito Fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família*. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2002. p. 4.

responsabilização de um terceiro caso o devedor principal não cumpra sua obrigação.

2.2- A ALTERAÇÃO DA LEI Nº 8.009/90 PELA LEI Nº 8.245/91

Quando entrou em vigor a Lei nº 8.009/90, as relações locatícias eram regidas pela Lei 6.649/79. Não havia nenhuma disposição referente a impenhorabilidade do bem de família do fiador locatício, desta forma, era possível penhorar o imóvel residencial do fiador para adimplir a obrigação assumida.

Com o advento da Lei 8.009/90, o mercado imobiliário sofreu uma certa instabilidade, tendo em vista que a referida Lei consagrou a impenhorabilidade legal do bem família. Como não havia nenhuma ressalva legal, o fiador podia opor a impenhorabilidade do seu imóvel residencial contra o credor da obrigação principal. Tal fato gerou algumas consequências nos contratos de locação, conforme salienta Eliane Maria Barreiros Ainda: “Os locadores passaram a exigir fiadores que fossem proprietários de dois imóveis, fato este que criou sérios empecilhos à locação, especialmente nas classes média e de baixa renda, diante da dificuldade em conseguir-se alguém que apresentasse tal condição”.²⁹

Diante de tal situação, foi promulgada a Lei 8.245/91, que passou a disciplinar as relações locatícias. O artigo 82 da referida Lei ampliou o rol de exceções à impenhorabilidade do artigo 3º da Lei 8.009/90, incluindo o inciso VII, que dispõe sobre a possibilidade de penhorar o bem de família do fiador em contrato de locação. O objetivo da alteração foi proteger os contratos locatícios, e dar maior garantia ao adimplemento da obrigação.

2.3- CONTROVÉRSIA SOBRE A PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR LOCATÍCIO.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que reconheceu expressamente o direito à moradia como direito social, o tema da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício ganhou relevância na doutrina e jurisprudência. Surgiram duas posições antagônicas, uma advogando a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei 8.009/90, e, portanto, entendendo ser impenhorável o bem de família do fiador; a outra corrente sustenta a constitucionalidade do artigo 3º da Lei 8.009/90, e a consequente penhorabilidade do bem de família do fiador.

Os que advogam a tese da penhorabilidade do bem de família sustentam os

²⁹ AINA, Eliane Maria Barreiros. *O Fiador e o direito à moradia: Direito Fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família*. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2002. p.14.

seguintes argumentos:

1- há um maior benefício para o mercado imobiliário, pois o contrário resultará em exigência de fiadores idôneos que possuam dois ou mais imóveis para garantir o contrato de locação, o que é muito difícil na realidade brasileira, conforme salienta Cláudia Honório:

As conseqüências da impenhorabilidade do bem de família do fiador podem ser prejudiciais tanto para locadores quanto para locatários. Sendo impenhorável o bem do fiador, poder-se-ia pensar na exigência de mais imóveis para garantir o contrato de locação. Contudo, no Brasil, é difícil encontrar um fiador que atenda a tal requisito. Assim, ou o locatário não consegue apresentar um fiador (o que impossibilita a locação) ou vê-se obrigado a constituir formas mais onerosas de garantia, como o crédito junto a instituições bancárias e seguros-fiança³⁰.

2- O artigo 3º da Lei 8.009/90 não ofende o direito à moradia, porque se trata de uma norma programática, cuja regulamentação depende de Lei ulterior para lhe conferir eficácia.

3- A impenhorabilidade contribui na consecução do direito à moradia, tendo em vista que facilita a locação e a torna menos onerosa, possibilitando àqueles que não possuem condições financeiras de adquirir a casa própria um meio alternativo para morar, qual seja, locando um imóvel que cumprirá tal objetivo.

4- Não viola o princípio da isonomia, tendo em vista que os contratos de fiança e locação são distintos, desta forma, o locatário responde pelas obrigações assumidas no contrato de locação, enquanto o fiador responde pelo contrato acessório.

5- Haveria uma redução significativa nos contratos locatícios, vez que os locadores exigiriam maiores garantias dos locatários, além de efetivo potencial para fomentar a má-fé dos inquilinos no pagamento do aluguel, já que não haveria a possibilidade de constrição judicial dos bens de seus garantidores, posto que impenhoráveis.

6- Por último, pelo princípio do *pacta sunt servanda*, há a obrigatoriedade do cumprimento das obrigações assumidas. Como o fiador possui autonomia para escolher se garante ou não o contrato firmado entre locador e locatário, e ciente da eventual possibilidade de penhorar o seu imóvel residencial pelo inadimplemento da obrigação principal, uma vez assumida a obrigação, deve arcar com o ônus.

Por outro lado, aqueles que sustentam a impenhorabilidade do bem de

³⁰ HONÓRIO, Cláudia. Penhorabilidade do bem de família do fiador e direito à moradia: uma leitura sistemática constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 104, n.396, p. 42, mar./abr. 2008.

família lançam mão dos seguintes argumentos:

1- A Emenda Constitucional nº 26/2000 não recepcionou o artigo 3º, inciso VII da Lei 8.009/90, vez que o direito à moradia deriva de uma norma constitucional auto-aplicável, de eficácia plena, consistindo em direito social, cujo objetivo primordial é garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo ser aplicada em detrimento de uma norma infraconstitucional. Mesmo que se considere como norma de eficácia programática, o artigo 6º da Constituição não deve ser afastado, por exigir atuação positiva do Estado, segundo observa Aline Lopes Ruas:

A afirmação de que o art. 6º da CF, com a Redação da EC nº 26, é norma de natureza programática e, portanto de eficácia limitada, não afasta a impenhorabilidade do único imóvel do fiador. À atuação mínima do Estado se apresenta a função do Judiciário que é de interpretar as normas legais à luz dos preceitos constitucionais e não o contrário.³¹

2- A penhorabilidade do imóvel residencial do fiador viola o princípio da isonomia, expressamente garantido no *caput* do artigo 5º da Constituição, uma vez o afiançado tem uma nítida vantagem em relação ao fiador, haja vista que enquanto aquele possui o benefício da impenhorabilidade do seu lar, este pode perdê-lo em razão de uma dívida que não lhe pertence e nem o beneficia. Neste sentido leciona João Hora Neto:

A exceção prevista no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90, introduzida pela Lei 8.245/91, feriu de morte do princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, e, por conseguinte, olvidando o brocardo *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, isto é, onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito. Nesse sentido, advoga-se que o direito à moradia, em sendo um direito fundamental de 2º geração- direito social- deve ser amparado e protegido pela regra geral da impenhorabilidade, pois diz respeito à moradia do homem e sua família, na medida em que a moradia é um direito fundamental de todos, locatários e fiadores.³²

3- A exceção prevista no artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90, contrasta com as demais exceções encontradas no mesmo dispositivo legal, tendo em vista que estas tutelam valores que estão em maior ou mesmo grau de importância do bem de família.

4- A norma da Lei 8.009/90 viola o princípio da dignidade do fiador e sua família, já que tem o potencial de expropriar o único imóvel que serve como moradia da família do fiador e colocá-lo à disposição do credor, ferindo a base da sociedade e a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

³¹ RUAS, Aline Lopes. A penhorabilidade do bem de família do fiador à luz dos direitos e garantias fundamentais. *UNESC em Revista*, Espírito Santo, v. 9, n.19, p. 26, jan./jun. 2006.

³² NETO, João Hora. *O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 6, n.29, p. 190, jan./mar. 2007.

5- O permissivo legal ainda fere o princípio da boa - fé objetiva, expressamente prevista no artigo 422 do Código Civil, tendo em vista que o contrato de fiança é um contrato de adesão, o que vale dizer que são normas já pré-elaboradas pelo credor e colocadas à disposição do locatário e fiador para aceitar ou não as normas impressas, sem cogitar na possibilidade de alteração de uma ou algumas delas. Alguns contratos já preveem a renúncia do benefício de ordem, onde não há possibilidade do fiador eximir-se de tal cláusula, ficando a mercê do cumprimento do contrato pelo afiançado para não ver seu imóvel residencial expropriado para adimplir dívida alheia. Não há nem sequer segurança quanto ao direito de regresso, já que o afincado faz jus ao benefício legal da impenhorabilidade.

Superado os principais argumentos dos dois pólos, cumpre analisar o conflito de garantias constitucionais, mais precisamente o direito a moradia e o direito ao crédito, para verificar se há alguma prevalência de uma sobre a outra e buscar uma possível solução ao impasse.

2.4 - O DIREITO À MORADIA E O DIREITO AO CRÉDITO

Um dos princípios norteadores do nosso ordenamento jurídico é o *pacta sunt servanda*, segundo o qual o contrato faz lei entre as partes, obrigando os contratantes a cumprir o acordo firmado. O modelo individual liberal do Código Civil prega a proteção ao crédito, fornecendo meios judiciais para expropriação do patrimônio do devedor para solver a obrigação assumida. A Lei 8.009/90 contrasta com este modelo, garantindo a inviolabilidade do imóvel residencial diante de uma execução por dívidas assumidas pelos proprietários. Com a constitucionalização do Direito Civil, as relações particulares passaram sob a ótica da Constituição, de forma a propiciar interpretações mais equânimes aos dispositivos cíveis.

A Constituição garante expressamente o direito à moradia no caput do artigo 6º, mas também submete o patrimônio do devedor às dívidas por este assumidas, já que não é permitido mais a sujeição corporal, segundo dispõe o artigo 5º, inciso LXVII. Diante de tal situação, uma pergunta que se levanta é saber se prevalece o direito ao crédito ou o direito à moradia.

Robert Alexy³³ apresenta soluções diante de um colisão de regras ou de um conflito de princípios. Para o autor, quando há um conflito de regras, a solução está em introduzir em uma das regras uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou então declarar que pelo menos uma das regras é inválida. Se não há como estabelecer uma exceção

³³ ALEXI, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p.69-79.

à regra, a solução que se apresenta é declarar uma delas inválidas. O critério para estabelecer qual das regras deve ser considerada válida pode ser aquele segundo o qual a lei posterior derroga a anterior ou a lei especial derroga a lei geral, mas também pode proceder de acordo com a importância das regras em conflito.

Quando se está diante de um conflito de princípios, a solução está na sujeição de um princípio ao outro. Isto não significa declarar inválido o princípio desprezado e nem que em tal princípio tenha sido introduzido uma cláusula de exceção. O que ocorre é que em certas circunstâncias um dos princípios precede ao outro, já em outras circunstâncias, a pergunta de qual princípio prevalece pode ser solucionada de outra maneira. É o que se quer dizer quando afirma que no caso concreto os princípios possuem diferentes pesos e que prevalece o princípio que tem maior peso. Desta forma, para o autor, no conflito de regras tem lugar a dimensão de validade, enquanto nas colisões de princípios tem lugar a dimensão do peso. Deve o julgador se pautar pelo princípio da proporcionalidade ao analisar o caso concreto, para verificar qual princípio deve prevalecer.

A solução da colisão consiste em tomar em conta as circunstâncias do caso concreto e estabelecer entre os princípios uma relação de precedência condicionada, que consiste em analisar o caso concreto e indicar as condições nas quais um princípio precede o outro, desta forma, em outras circunstâncias que estão em jogo, poderá inverter a ordem de valores e a questão ser solucionada inversamente.

Desta forma, para saber qual princípio deve prevalecer, deverá o julgador analisar o caso concreto. Estando em conflito o direito à moradia, e, consequentemente, o princípio da dignidade humana, e o direito à satisfação do crédito, deverá o intérprete analisar se a permissão da penhora sobre o bem de família do fiador redundará em levá-lo à condição de miserabilidade, com condições reais de vir a morar na rua juntamente com sua família, sem mínimas condições de moradia ou desenvolvimento, e se tal for o caso, deverá declarar impenhorável o imóvel residencial, primando pelo direito à moradia e pela dignidade do fiador e sua família. Já se o fiador possuir bens suficientes para sua manutenção, ainda que proprietário de um único imóvel, e a penhora sobre o mesmo não acarretar a condição de miserabilidade, a expropriação será plenamente válida. Neste sentido leciona Genacéia da Silva Alberton:

É impenhorável o bem imóvel do fiador, quando comprovada a circunstância de servir de residência para si ou para a entidade familiar, tornado-se inaplicável o art. 82 da Lei 8.245 com base na manutenção da moradia do garante em atenção à preservação da dignidade da pessoa humana do fiador

(art. 1º, inc. III, da CF); ausência de validade da lei infraconstitucional que trata de forma diferenciada o locatário e o fiador por não observar o princípio da isonomia (art. 5º, caput, da CF) e, se tudo isso não convencer, temos ainda a possibilidade de indicar o art. 6º da CF que colocou a moradia como direito social.³⁴

Observa-se a divergência entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do direito à moradia, da proteção à família, entre outros, com o princípio da proteção ao crédito, assim, o intérprete deverá analisar a situação no caso concreto e fazer prevalecer aquele princípio que mais se enquadra na idéia de justiça.

2.5 - POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAR O ARTIGO 3º, INCISO VII, DA LEI 8.009/90.

O objetivo primordial da Lei 8.009/90 é garantir a o direito à moradia e a subsistência da família, portanto, independente da posição que se tome, deve o julgador analisar o caso concreto e verificar a possibilidade de encontrar uma forma alternativa na aplicação do artigo 3º, inciso VII da referida Lei. O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou permitindo a locação do imóvel residencial sem que este perca sua característica de impenhorabilidade, conforme se extrai dos seguintes julgados:

BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL LOCADO. IRRELEVÂNCIA. ÚNICO BEM DOS DEVEDORES. RENDA UTILIZADA PARA A SUBSISTÊNCIA DA FAMÍLIA. INCIDÊNCIA DA LEI 8.009/90. ART. 1º . TELEOLOGIA. CIRCUNSTÂNCIAS DA CAUSA. ORIENTAÇÃO DA TURMA. RECURSO ACOLHIDO.

I - Contendo a Lei n. 8.009/90 comando normativo que restringe princípio geral do direito das obrigações, segundo o qual o patrimônio do devedor responde pelas suas dívidas, sua interpretação deve ser sempre pautada pela finalidade que a norteia, a levar em linha de consideração as circunstâncias concretas de cada caso.

II – Consoante anotado em precedente da Turma, e em interpretação teleológica e valorativa, faz jus aos benefícios da Lei 8.009/90 o devedor que, mesmo não residindo no único imóvel que lhe pertence, utiliza o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar, considerando que o objetivo da norma é o de garantir a moradia familiar ou a subsistência da família³⁵.

RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - BENS DE FAMÍLIA – LEI N. 8.009/90 - ÚNICO IMÓVEL DA FAMÍLIA LOCADO A TERCEIROS - IMPENHORABILIDADE - PRECEDENTES.

Predomina nesta egrégia Corte Superior de Justiça o entendimento segundo o qual a locação a terceiros do único imóvel de propriedade da família não afasta o benefício legal da impenhorabilidade do bem de família (art. 1º da Lei n. 8.009/90). Com efeito, o escopo da lei é proteger a entidade familiar e,

³⁴ ALBERTON, Genacéia da Silva. Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. (org.). *A Penhora e o Bem de Família do Fiador da Locação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 130.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 315979/RJ. Recurso Especial 2001/0038624-5, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira. Segunda Seção, publicado em DJ 15/03/2004. Acesso aos 27/10/2010.

em hipóteses que tais, a renda proveniente do aluguel pode ser utilizada para a subsistência da família ou mesmo para o pagamento de dívidas. "Dentro de uma interpretação teleológica e valorativa, calcada inclusive na teoria tridimensional do Direito-fato, valor e norma (Miguel Reale), faz jus aos benefícios da Lei 8.009/90 o devedor que, mesmo não residindo no único imóvel que lhe pertence, utiliza o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar, considerando que o objetivo da norma foi observado, a saber, o de garantir a moradia familiar ou a subsistência da família" (REsp 159.213/ES, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 21.06.99). Recurso especial não provido.³⁶

Em que pese estes acórdãos não se referirem expressamente à possibilidade de dar o bem de família em locação para pagamento de dívida, tal solução poderia ser ventilada no caso do fiador, quando locaria o imóvel residencial e o proveito econômico da locação ser revertido parte para quitação da dívida e parte para a subsistência da entidade familiar, sem prejuízo do direito à moradia, haja vista que o rendimento pode ser utilizado para locar outro imóvel, mais inferior, que servirá de moradia ao fiador e sua família.

Um dos óbices a esta tese poderia ser o artigo 649, inciso IV do Código de Processo Civil, que afirma serem impenhoráveis os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações e etc., pois a locação do imóvel residencial para fins de complemento da renda familiar se equipara a bens absolutamente impenhoráveis. Entretanto, a justiça trabalhista vem excepcionando esta regra, deferindo medidas que importem em penhora de salário para pagamento de débitos trabalhistas, conforme se extrai do seguinte julgado:

PENHORA. SALÁRIO. CPC, ART. 649, IV. Quando o art. 649, IV, do CPC, determina a impenhorabilidade dos salários, faz a ressalva quanto ao pagamento de prestação alimentícia. A interpretação da expressão "prestação alimentícia" deve ser buscada no art. 100, § 1º-A, da Constituição Federal. Assim, e em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, é passível de penhora os salários do executado quando a dívida se refere ao pagamento de títulos trabalhistas, no limite de 30% do valor salarial percebido pelo executado, mensalmente, até a integral satisfação do crédito exequiêdo.³⁷

Desta forma, não há razão para não aplicar ao bem de família do fiador a solução dada pela justiça trabalhista, tendo em vista que o fim da locação do imóvel é a manutenção do fiador e sua família, enquanto a expropriação do imóvel poderá impedir o acesso ao mínimo necessário para existência digna de todo ser humano, ou seja, um lar e a capacidade de autosubsistência.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 462011/PB. Recurso Especial 2002/0111723-3, Rel. Ministro Franciulli Netto. Segunda Turma, publicado em DJ 02/02/2004. Acesso aos 27/10/2010.

³⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. Agravo de petição 00954-2001-024-03-00-5 Rel. Desembargador César Pereira da Silva Machado Júnior. Terceira Turma, publicado em DJ 03/08/2009. Acesso aos 29/03/2011.

CAPÍTULO III- ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.

3.1- RE 407688-8/SP.

Em recente decisão, mais precisamente em 08/02/2006, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício, em sede de RE 407.688, da relatoria do Ministro Cezar Peluso, onde, por maioria de votos (7 votos a 3), foi negado provimento ao recurso extraordinário, mantendo a decisão do Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que determinou a penhora do bem de família do fiador. Segue abaixo sua ementa:

FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República³⁸.

A síntese da discussão consistia em saber se o instituto da penhorabilidade do bem de família persiste com o advento da Emenda Constitucional nº 26 de 2000, que ampliou a disposição do artigo 6º da Constituição, englobando a moradia como direito social.

Em seu voto, o Ministro Cezar Peluso considerou inconsistente o recurso, por falta de solidez das alegações do recorrente. Para ele, a penhora do bem de família não viola o disposto no artigo 6º da Constituição da República, mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 26 de 2000. Afirma o Ministro:

A regra constitucional enuncia direito social, que, não obstante suscetível de qualificar-se como direito subjetivo, enquanto compõem o espaço existencial da pessoa humana, independentemente de sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas, sua dimensão objetiva supõe provisão legal de prestações aos cidadãos, donde entrar na classe dos chamados direitos a prestações, dependentes da atividade mediadora dos poderes públicos.

Isto significa que, em teoria, são várias, se não ilimitadas, as modalidades ou formas pelas quais o Estado pode, definindo-lhe o objeto ou o conteúdo das prestações possíveis, concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia.

Após citar Ingo Wolfgang Sarlet, prossegue dizendo que o direito à moradia não se confunde, necessariamente, com o direito à propriedade imobiliária ou o direito de ser

³⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE. 407688/SP. Rel. Ministro Cezar Peluso. Tribunal Pleno, publicado em DJ 06/10/2006. Acesso aos 09/03/2011.

proprietário de imóvel, portanto, não repugna à ordem constitucional que o direito social à moradia pode ser implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante reforço das garantias contratuais dos locadores.

O relator cita a Constituição portuguesa, que estabelece como dever do Estado, com o fim de assegurar o direito à habitação, estimular a construção privada e o acesso à habitação própria ou arrendada. Em seguida, afirma que a exceção prevista no artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90 é a própria razão legal do direito social de moradia, pois a grande dificuldade de acesso ao mercado de locação predial está na falta de garantias contratuais ofertadas pelos locatários, sendo, portanto, a exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador um meio de acudir a esta distorção, facilitando a celebração dos contratos e implantando o direito social de moradia. Prossegue:

Daí, só poder conceber-se acertada, em certo limite, a postura de quem vê, na penhorabilidade de imóvel do fiador, regra hostil ao art. 6º da Constituição da República, em havendo outros meios de assegurar o pagamento do débito, porque essa constitui a única hipótese em que, perdendo, diante de particular circunstância do caso a função prática de servir à prestação de garantia exclusiva das obrigações do locatário e, como tal, de condição necessária da locação, a aplicação da regra contradiria o propósito e o alcance normativo.

Desta forma, só haveria impossibilidade da aplicação penhorabilidade, se houvesse outros meios capazes de assegurar o pagamento forçado de todo o crédito do locador.

Outro ponto rebatido pelo relator é o princípio isonômico. Para ele é nítida a diversidade de situações factuais e vocações normativas, pois a expropriabilidade do bem do fiador tende a proteger o direito social de moradia. Portanto, o que se pretende tutelar com a norma legal é o próprio direito à moradia, pois há um estímulo no acesso à “moradia arrendada”, onde há preservação de interesses de uma classe ampla de pessoas, ou seja, os locatários, em detrimento de uma de menor expressão (fiadores proprietários de um único imóvel). Se houver um rompimento nesta técnica legislativa, haverá a exigência de garantias mais custosas para as locações residenciais, desfalcando o campo de abrangência do próprio direito constitucional de moradia.

Vislumbra-se, no voto do relator, uma preocupação mais geral com o direito à moradia, em detrimento do particular, pois o olhar volta-se para o mercado imobiliário, onde este flui mais eficazmente se houver maiores garantias de adimplemento das obrigações,

concretizando o direito à moradia pela maior parte da população. Entretanto, o fiador poderá perder seu único imóvel, e não ter acesso a este direito constitucionalmente garantido.

O ministro relator negou provimento ao recurso extraordinário, sendo seguido pelos demais, com exceção dos Ministros Eros Grau, Carlos Brito e Celso de Mello. Cumpre analisar a posição dos ministros vencidos no debate e verificar a aplicação do artigo 3º, inciso VII da Lei 8.009/90.

3.2- Voto do Ministro Eros Grau.

O Ministro Eros Grau, pedindo vênica para divergir, iniciou sua tese afirmando que a penhora recaiu sobre o único imóvel de propriedade do fiador. Em seguida, citou precedentes da Corte, mais precisamente os REs. 352.940 e 449.657, ambos de relatoria do Ministro Carlos Velloso, nos quais se afirma o não recebimento, pelo artigo 6º da Constituição, com redação determinada pela Emenda Constitucional 26/2000, da Lei 8.245/91, que ressalva a penhora do imóvel residencial do fiador em contrato de locação.

Em seguida, esclarece:

A impenhorabilidade do bem de família instrumenta a proteção do indivíduo e sua família quanto a necessidades materiais, de sorte a prover sua subsistência. Aí, enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar- a dignidade da pessoa humana, pois- a propriedade consiste em um direito individual e cumpre função individual.

Continua, afirmando que essa propriedade não tem uma função social, antes, encontra limitação apenas nos abusos cometidos no seu exercício. O princípio da isonomia é evidentemente afrontado. Exemplifica o eminente Ministro:

Se o benefício da impenhorabilidade viesse a ser ressaltado quanto ao fiador em relação de locação, poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão da aquisição de casa própria, gozaria de proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário.

Quer dizer, sou fiador; aquele a quem prestei fiança não paga o aluguel, porque está poupando para pagar a prestação da casa própria, e tem o benefício da impenhorabilidade; eu não tenho o benefício da impenhorabilidade.

O Ministro Eros Grau diverge do relator porque não se apegue à lógica de mercado, antes, ao que diz a Constituição. Posteriormente, analisando os votos do Ministro Carlos Velloso, afirma que “o argumento centrado na afirmação do caráter pragmático do artigo 6º da CB não pode prosperar, tendo em vista que o legislador está vinculado pelos seus preceitos.” Assevera que os textos normativos são dotados de eficácia vinculante, propondo o

abandono da expressão “normas programáticas”, tendo em vista que esta expressão traz vícios ideológicos perniciosos. Fundamenta sua tese em lição do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, que adotou o entendimento segundo o qual há uma fragilização na hierarquia máxima normativa da Constituição, pois pretender que na ausência de lei reguladora da norma constitucional, esta não tem eficácia, desenvolve uma estratégia mal expressada de não vigência da norma constitucional. Desta forma, há uma transferência de função constituinte ao Poder Legislativo sob argumento de que a norma programática só opera efeitos quando é editada lei ordinária que a implemente.

Assim, bastaria a omissão legislativa para que o preceito constitucional fosse retirado de vigência, o que não deve prosperar, pois “a Constituição do Brasil vincula o legislador.”

Segundo o Ministro, não houve a recepção, pela Emenda Constitucional n. 20, da lei que excepcionou a regra da impenhorabilidade. Conclui dizendo:

No que concerne ao argumento enunciado no sentido de afirmar que a impenhorabilidade do bem de família causará forte impacto no mercado das locações imobiliárias, não me parece possa ser esgrimido para o efeito de afastar a incidência de preceitos constitucionais, o do artigo 6º e a isonomia. Não hão de faltar políticas públicas, adequadas à fluência desse mercado, sem comprometimento do direito social e da garantia constitucional. Creio que a nós não cabe senão aplicar a Constituição. E o Poder Público que desenvolva políticas públicas sempre adequadas aos preceitos constitucionais.

Desta forma, deu provimento ao recurso extraordinário.

3.3- Voto do Ministro Carlos Brito.

O Ministro Carlos Brito inicia seu voto citando três passagens da Constituição onde é usado o termo moradia. A primeira no artigo 6º, onde nos é dito que a moradia é um direito social. A segunda, no inciso IV do artigo 7º, que afirma que a moradia se inclui entre as necessidades vitais básicas do trabalhador e da sua família. A última, no artigo 23, inciso IX, onde o termo moradia é utilizado como política pública, inserida no rol de competências materiais concomitantes do Estado, da União, do Distrito Federal e dos Municípios. Em seguida afirma:

A partir dessas qualificações constitucionais, sobretudo aquela que faz da moradia uma necessidade essencial, vital básica do trabalhador e de sua família, entendo que este direito à moradia se torna indisponível, é não-potestativo, não pode sofrer penhora por efeito de um contrato de fiação. Ele não pode, mediante um contrato de fiação decair.

Assevera que “aquele que conseguiu realizar o sonho da casa própria, esse

anseio profundo de conseguir seu pedaço de chão no mundo, que é a casa própria, não pode decair nem por vontade própria.”

Há uma preocupação com a família, conforme diz a Constituição no artigo 226. Depois, afirma que a Constituição radicalizou no que tange à família, pois esta, segundo a nossa Carta Magna, é uma entidade, merecedora de proteção especial, sendo que o adjetivo “especial” não deve ser desconsiderado, tendo em vista que não foi em vão sua utilização pela Constituição. Desta forma, segundo o Ministro, estamos “no âmbito de um tema que mereceu da Constituição, a meu sentir, um apreço especialíssimo.”

Acompanhou o voto do Ministro Eros Grau, dando provimento ao Recurso Extraordinário.

3.4- Voto do Ministro Celso de Mello.

O Ministro inicia sua tese dizendo que a questão é de alto relevo constitucional, referindo-se à eficácia do direito à moradia, enquanto projeção expressiva de um dos direitos fundamentais elencados pelo texto da Constituição. Explica:

A Constituição brasileira, ao positivar a declaração de direitos, proclamou, dentre aqueles impregnados de caráter social, o direito à moradia, assim qualificado pela EC nº 26, de 14/02/2000.

Cabe assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à moradia – que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 6º) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção de direitos de segunda geração.

Como exemplo da essencialidade deste direito, cita as declarações internacionais que o Brasil aderiu ou subscreveu, como o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana e o artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que reconhecem o direito à moradia como expressão de um direito fundamental extensivo a toda e qualquer pessoa. Continua:

Na realidade, a Constituição da República, ao conferir positividade jurídica ao direito à moradia, nada mais refletiu senão a grave preocupação já anteriormente externada pelo Estado brasileiro no plano internacional, tanto que o Brasil assumiu, nesse âmbito, compromissos inequívocos de cuja implementação depende a efetiva concretização dessa prerrogativa básica reconhecida às pessoas, tal como resulta – Segundo observa Sérgio Iglesias Nunes de Souza (“Direito à moradia e de Habitação”, p.348, item n. 8, 2004, RT) – dos “termos da Agenda Habitat estabelecida na Conferência do Habitat II de Istambul, segundo o qual os governos devem tomar apropriadas medidas para promover, proteger e assegurar a plena e progressiva realização do Direito à moradia, em conformidade com o que dispõe o inciso IX do art. 23 da Constituição Federal da República, sendo da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios tutelar o

direito à moradia (...)”

Após, citando o professor Luiz Edson Fachin, explica que ao Estado é imposta a tutela efetiva das pessoas em geral, especialmente aquelas postas às margens das grandes conquistas sociais, devendo, mediante políticas apropriadas, assegurar-lhes a proteção do patrimônio mínimo, fundada em comandos inderrogáveis, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que representa valor revestido de centralidade em nosso sistema constitucional, já que é um dos fundamentos da República, conforme preconiza o artigo 1º, inciso III da Constituição.

Aprofunda sua tese afirmando que esse princípio fundamental, valorizado pela observância da solidariedade social, traduz um dos objetivos fundamentais do Estado Social de Direito, segundo estabelece o artigo 3º, inciso I da Constituição, permitindo legitimar interpretações que objetivem destacar o necessário respeito ao indivíduo, onde restrições que possam injustamente frustrar a concretude de um direito tão essencial, como a intangibilidade do espaço doméstico vivido pelo ser humano e sua família, deverão ser superadas. Prossegue:

Daí a advertência, que se impõe considerar, de que se formou, no âmbito de nosso sistema jurídico, um novo paradigma a ser observado pelos elaboradores e pelos aplicadores da lei, pois como bem assinalado pela professora Maria Celina B. Moraes (“A Caminho de um Direito Civil Constitucional”, in “Revista Estado, Direito e Sociedade”, vol. 1, 1991, PUC/RJ), “no Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido, os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, que de modo tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito. Daí decorre a urgente obra de controle de validade dos conceitos jurídicos tradicionais, especialmente os do direito civil, à luz das considerações metodológicas que entende que toda norma do ordenamento deve ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal. Desse modo, a normativa fundamental passa a ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela deve se harmonizar.”

Cita a posição do Ministro Carlos Velloso, no RE 352.949/SP, e a justifica quando reconheceu a impenhorabilidade do único imóvel residencial do fiador, assegurando-lhe a proteção constitucional fundada no direito à moradia, cuja concretização reside no bem de família. Desta forma, o Ministro Carlos Velloso teve por insubsistente a exceção do inciso VII, do artigo 3º da Lei 8.009/90, com redação determinada pela Lei 8.245/91, porque conflitante com o direito à moradia. Em seguida explica:

A “ratio” subjacente a esse entendimento prende-se ao fato de que o bem de

família do devedor principal – que é o locatário – não pode ser, muito embora o fiador – que se qualifica como garante meramente subsidiário (CC, art. 827) – possa sofrer a penhora de seu único imóvel residencial, daí resultando um paradoxo absolutamente inaceitável, pois, presente tal contexto, falecer-lhe-á a possibilidade de, em regresso, uma vez paga, por ele, a obrigação principal, fazer incidir essa mesma constrição judicial sobre o único imóvel residencial eventualmente pertencente ao inquilino.

Fundamenta a tese da isonomia citando Pablo Sltolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (“Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral”, Vol. I\288-289, item n.5, 4º ed., 2003, Saraiva) que dizem que se o fiador for demandado pelo locador, visando à cobrança dos aluguéis atrasados, poderá ter seu único imóvel penhorado para satisfazer o crédito do inquilino. Mesmo que o fiador seja solidariamente responsável, não se deve olvidar que o contrato de fiança é meramente acessório, no qual um terceiro (o fiador) se obriga a solver a dívida caso o devedor principal não o faça. Indagam: é razoável garantir o cumprimento desta obrigação do fiador com seu único imóvel? Seria esta norma constitucional? Respondem que as obrigações do locatário e do fiador possuem a mesma base jurídica, qual seja o contrato de locação. Entretanto, não seria justo que o garantidor respondesse com seu bem de família, enquanto o locatário não responde com este bem. Desta forma, se o inquilino, para fugir de suas obrigações, se mudasse para o interior de um Estado e comprar um único imóvel residencial, este bem será considerado impenhorável, ao passo que o do fiador não gozará deste benefício legal. Á luz do Direito Civil Constitucional, conclui-se que este dispositivo viola o princípio da isonomia, apresentado no artigo 5º da Constituição Federal, já que dispensa tratamento desigual entre fiador e locatário, mesmo que as obrigações de ambos possuem a mesma causa jurídica: contrato de locação.

Conclui o voto citando a incongruência do artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90, já que o fiador sofre a incidência da penhora, mas ele, mesmo solvendo a obrigação do locatário, não pode voltar-se regressivamente contra ele, impossibilitado de fazer recair a constrição judicial da penhora sobre eventual bem de família do inquilino. Acompanha os votos dos Ministros Eros Grau e Carlos Brito.

3.5 – Posição Adotada.

Vislumbra-se nos votos vencidos uma preocupação com a família e com a dignidade do trabalhador, sendo a impenhorabilidade do imóvel residencial uma forma de protegê-la. Desta forma, a expropriação do imóvel em que serve de moradia à família poderá resultar em grande violação desta entidade, base de toda sociedade, conforme estabelece a Constituição.

A doutrina tende a olhar o Direito Civil sob a ótica constitucional, ou seja, interpretar os dispositivos legais à luz da Constituição. João Hora Neto afirma:

O direito civil constitucional, segundo abalizada doutrina, é o direito civil interpretado e aplicado à luz da Constituição Federal e não o inverso, levando – se em conta, primordialmente, que a Carta Magma é o centro do ordenamento jurídico, e que o Código Civil é o seu planeta principal e que os demais microssistemas jurídicos são os satélites desse sistema normativo. Ademais, o direito civil constitucional acha-se amparado em três princípios fundamentais, todos de matriz constitucional, ou seja: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, I da CF/88), o princípio da solidariedade social (art. 3º, I da CF/88) e, por fim, o princípio da igualdade ou isonomia (art. 5º, *caput* da CF/88), princípios esses que se irradiam por todo o sistema jurídico, dando concretude à normativa constitucional, para fins de valer uma mentalidade constitucional que tanto se almeja.³⁹

Assim, toda decisão deve ser baseada nos princípios e direitos garantidos constitucionalmente. No presente trabalho, foram analisados alguns destes princípios e direitos que poderão ser violados caso o bem de família do fiador seja expropriado.

Um dos fundamentos em que se apoiou o Supremo para decidir pela aplicação do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90 foi que esta exceção legal consubstancia na implementação do próprio direito à moradia, tendo em vista a fomentação do mercado imobiliário, e conseqüentemente, o acesso à moradia através da locação de imóveis. Entretanto, se tal for o entendimento, haverá uma clara violação aos princípios constitucionais no que tange às particularidades do caso concreto. No RE 407.688, o fiador era proprietário de apenas um imóvel, desta forma, sua constrição judicial poderia levá-lo a miseráveis condições de vida, afrontando claramente o princípio da dignidade da pessoa humana. O que proponho não é a inaplicabilidade total do dispositivo, mas uma análise do caso concreto, ou seja, se o fiador possuir um imóvel suntuoso, de grande valor, tal poderá ser expropriado e, solvida a obrigação, o montante final poderá ser revestido na compra de outro imóvel. Desta forma, as garantias constitucionais não serão suprimidas.

O superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de ser possível a aplicação da penhora sobre parte de imóvel sem descaracterizar o bem de família, conforme se extrai do seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. LEI 8.009/90. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL RESIDENCIAL. DESMEMBRAMENTO. POSSIBILIDADE CIRCUNSTÂNCIAS DE CADA CASO. DOUTRINA. PRECEDENTE. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Como residência do casal, para fins de incidência da Lei n. 8.009/90, não se deve levar em conta somente o espaço físico ocupado pelo prédio ou casa,

³⁹ NETO, João Hora. *O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 6, n.29, p. 195, jan./mar. 2007.

mas também suas adjacências. A própria lei afirma que "a impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza..."

II – Admite-se, no entanto, a penhora de parte do imóvel quando possível o seu desmembramento sem descaracterizá-lo, levando em consideração, com razoabilidade, as circunstâncias e peculiaridades do caso⁴⁰.

Observa-se que foi deferido a penhora sobre parte do imóvel, preservando a parte principal do bem. Assim, a penhorabilidade poderá ser aplicada se evidenciar que a dignidade do fiador não será atingida, possibilitando o acesso à moradia.

Não se pode olvidar a contribuição do mercado locatício na concretude do direito à moradia, e para que isto ocorra, são necessárias garantias para o cumprimento das obrigações contratuais. Por outro lado, o julgador não deve esquecer-se da figura do fiador e sua família, que, para saldar o débito, poderá perder seu imóvel residencial. Assim, ante o caso concreto, o aplicador do direito deverá dar a solução mais justa, para que não ocorra a violação dos princípios garantidos constitucionalmente. Se a aplicação da exceção à impenhorabilidade prevista no inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90, violar o princípio da dignidade da pessoa humana e a proteção à família, tal não deverá ser a decisão, entretanto, se tal situação não comprometer estes princípios, é plenamente aplicável o dispositivo analisado.

Um dos argumentos combatidos pelo Ministro Eros Grau foi justamente o forte impacto que o mercado imobiliário causa na concretização do direito à moradia. Para o ministro, os preceitos constitucionais não devem ser afastados, pois não faltarão políticas públicas aptas a desenvolver a fluência deste mercado, cabendo ao Poder Público desenvolver estas políticas compatíveis com os preceitos constitucionais. Assim, cumpre analisar a divergência entre o mercado e o direito, e verificar, nesta relação, qual valor deve predominar.

O professor João Paulo Farias Santos afirma:

A cada dia, manifestações contra a globalização do paradigma econômico hegemônico parecem inaugurar um consenso de que há que se preservar a vida além da economia e que esta já não oferece mais critérios de justiça e, pelo contrário, parece inaugurar um mundo cada vez mais desigual e injusto. É nesse espaço que avançam teses jurídicas em que direitos fundamentais, em especial direitos sociais, econômicos e culturais, devem ser preservados além de qualquer paradigma econômico, por não estarem disponíveis à troca no mercado.⁴¹

Observa-se que para o professor, os direitos fundamentais prevalecem sobre qualquer questão econômica. Nesta diapasão, o direito social de moradia, sob a ótica do

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 326171/GO. Recurso Especial 2001/0074432-9, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Quarta Turma, publicado em DJe 22/10/2001. Acesso aos 14/04/2011.

⁴¹ SANTOS, João Paulo Farias. *Reforma agrária e preço justo: A indenização na desapropriação agrária sancionatória*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p.76.

fiador, deve prevalecer sobre o mercado locatício, tendo em vista que os interesses do mercado revelam injustiças e desigualdades, enquanto a garantia dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, como o direito à moradia, não pode ser mensurado por valores econômicos, mas está intrinsecamente relacionado à pessoa humana, e consequentemente, à sua dignidade.

O professor Marcus Faro, comentando sobre a análise jurídica da política econômica, salienta:

A percepção de que determinadas políticas públicas ou econômicas limitam as possibilidades de fruição de direitos torna-se, em tese, fundamento para exigir que tais políticas sejam sempre estruturadas de modo a promover, e não prejudicar, a efetividade do exercício de direitos fundamentais e direitos humanos.⁴²

Desta forma, as políticas públicas devem promover a efetividade dos direitos fundamentais, e não o contrário. Qualquer política tendente a abolir ou limitar o exercício efetivo dos direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição, deve ser afastada de plano.

A Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE), Segundo o professor Marcus Faro⁴³, consiste em pesquisar se determinada política pública ou econômica atende aos requisitos de concretização ou efetividade de direitos fundamentais e de direitos humanos. Desta forma, na perspectiva da AJPE, uma política econômica pode ser eficiente, mas injusta ao mesmo tempo, tendo em vista a contrariedade a diversos interesses ideais. O principal objetivo é proporcionar o crescimento econômico com justiça, onde os direitos fundamentais e os direitos humanos são desfrutados por todos os indivíduos ou grupos, realizando, assim, a justiça econômica.

Verifica-se a necessidade do mercado proporcionar a todos o pleno exercício dos direitos fundamentais. Desta forma, o mercado deve se desenvolver de modo conferir efetividade aos direitos constitucionalmente garantidos, e não impedir o acesso a estes direitos, sob pena de cometer injustiças no desenvolvimento das políticas econômicas. No caso do mercado locatício, este deve desenvolver-se sem prejudicar a fruição dos direitos fundamentais, assim, só se concebe um mercado justo caso este não incorra na violação dos princípios e direitos fundamentais.

⁴² CASTRO, Marcus Faro de. p. 26. *Análise Jurídica da Política Econômica*. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, v. 3, n.1, p. 26, junho. 2009.

⁴³ CASTRO, op. city., p. 40.

Karl Polanyi⁴⁴, analisando as transformações da economia de mercado, afirma:

Cada passo em direção à integração na sociedade será acompanhada de um aumento de liberdade; os passos em direção ao planejamento incluirão o fortalecimento dos direitos do indivíduo na sociedade. Seus direitos inalienáveis serão validados pela lei, até mesmo contra poderes supremos, sejam eles pessoais ou anônimos.

(...) Sempre que a opinião pública se manteve coesa na defesa das liberdades cívicas, os tribunais ou cortes também foram capazes de reivindicar a liberdade pessoal. Ela deve ser mantida a todo custo – mesmo à custa da eficiência na produção, da economia de consumo ou da racionalidade na administração. Uma sociedade industrial pode-se permitir ser livre.

Entretanto, Segundo o autor, o planejamento e o controle são atacados como negação da liberdade. A livre iniciativa e a propriedade privada são fatores essenciais à liberdade, mas a liberdade criada pela regulação é considerada não-liberdade. Toda justiça, liberdade e bem-estar oferecidas por ela, são tidas como disfarce da escravidão. Assim, “se a regulação é o único meio de difundir e fortalecer a liberdade numa sociedade complexa e, no entanto, utilizar esse meio é se opor à liberdade *per se*, então tal sociedade não é livre.”

Verifica-se que a liberdade é um anseio social, sendo a autonomia privada e a livre iniciativa formas desta liberdade. A regulação é, para o mercado, uma forma de tolher sua liberdade, mas para o indivíduo, uma forma de concretizar seus direitos. O autor conclui dizendo:

A aceitação, sem queixas, da realidade da sociedade dá ao homem uma coragem indômita e forças para afastar todas as injustiças e a falta de liberdade que podem ser eliminadas. Enquanto ele se conservar fiel à sua tarefa de criar uma liberdade mais ampla para todos, ele não precisa temer que o poder ou o planejamento se voltem contra ele e que destruam, através de sua instrumentalidade, a liberdade que ele está construindo. Este é o significado da liberdade numa sociedade complexa e ele nos dá toda a certeza de que precisamos.

Assim, cabe ao Estado regular, através de políticas públicas, as diversas nuances do mercado, tendo em vista a possibilidade deste ferir as liberdades dos indivíduos e, conseqüentemente, seus direitos fundamentais.

Por outro lado, existem aqueles que advogam pela prevalência do mercado sobre o direito. Richard Posner⁴⁵ defende a análise econômica do direito. Para o eminente autor, a justiça é algo mais que a economia, entretanto, a economia sempre poderá promover

⁴⁴ Polanyi, Karl. *A Grande Transformação: As origens da nossa época*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 296-301.

⁴⁵ POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992. p. 32-33.

uma aclaração dos valores, mostrando à sociedade o que deve ser sacrificado para alcançar um ideal não econômico da justiça. A demanda pela justiça não é independente do seu preço.

Para o autor, muitas áreas do direito possuem o selo do racionamento econômico. O economista pode aclarar um conflito de valores demonstrando o quanto de um valor – a eficiência – deve se sacrificar para alcançar outro. Esta teoria afirma que o direito comum se explica melhor como um sistema para maximizar a riqueza da sociedade. Os campos do direito estatutário ou constitucional, por oposição ao direito comum, possuem menos probabilidade de promover a eficiência, mas eles estão impregnados de interesses econômicos que são esclarecidos pela análise econômica. Tal análise é útil também para elucidar as características institucionais ou estruturais do sistema legal, incluindo o papel do precedente e as responsabilidades da aplicação do direito entre as pessoas privadas e as agências públicas.

Vislumbra-se nesta teoria a preponderância do mercado em detrimento do direito, tendo em vista que a economia busca maximizar a eficiência das decisões e a melhor solução para o caso concreto. Desta forma, no caso do bem de família do fiador, a penhora é perfeitamente aplicável, tendo em vista que o fomento do mercado locatício ao direito à moradia é mais eficiente em relação à sociedade do que não aplicar a penhora e satisfazer o interesse de apenas poucos indivíduos.

Assim, podemos dizer que a teoria que prega a análise mercadológica do direito não está preocupada com a idéia de justiça, mas com a eficiência e o bem estar geral, enquanto os que advogam pela predominância do direito buscam a predominância dos direitos e garantias individuais no caso concreto.

O artigo 37 da Lei do inquilinato prevê, em seu inciso III, o seguro de fiança locatícia como uma das formas de garantia locatícia. É uma forma de seguro que substitui a exigência dos fiadores, onde é garantido ao locador (segurado), em caso de inadimplência do inquilino (garantido), o recebimento do respectivo valor pela seguradora contratada. Ou seja, é uma garantia que substitui a exigência do fiador nos contratos locatícios.

João Hora Neto afirma, comentando sobre o seguro de fiança locatícia, afirma:

Advogo que a revitalização do seguro fiança locatícia fomentaria o mercado imobiliário, atendendo aos anseios de todos, locadores e locatários, tornando-se doravante uma garantia eficiente, usual, prática, justa e fundamentalmente impessoal, na medida em que diminuiria em muito a procura pela fiança locatícia pessoal – pois esta somente seria usada para os

fiadores com mais de um imóvel, permitindo-se apenas a penhora àquele bem que não fosse o bem de família. Contudo, do contrário, a persistir o quadro atual sufragado pela posição do Supremo, somente o inquilino estará se beneficiando da locação, uma vez que morará no imóvel e não pagará os aluguéis, pois quem pagará será o fiador, com seu bem de família.⁴⁶

A dinâmica do mercado possibilita a criação de novos modelos para o desenvolvimento de determinados setores da atividade econômica. Se a expropriação do bem de família do fiador for analisada sob a ótica constitucional, onde somente haverá esta possibilidade se as garantias e direitos fundamentais não forem violados, a própria dinâmica do mercado criará novos mecanismos para o fomento da atividade econômica, como a regulamentação do seguro fiança e outras formas de garantia do crédito.

Por tudo, ciente da necessidade do mercado locatício na implementação do direito à moradia, não há como tolher deste mercado uma garantia essencial para o fomento desta atividade, como a fiança, entretanto, a aplicação exagera desta regra, a ponto de subtrair a residência do fiador e de sua família, não deverá ser a solução mais prudente, pois há uma clara violação dos direitos fundamentais previstos em nossa Constituição. Assim, esta medida poderia ser adotada quando não viola tais direitos, pois é dever das políticas públicas a criação de mecanismos suficientes para fomentar o mercado sem deixar o ideal de justiça à margem dos indivíduos.

⁴⁶ NETO, João Hora. *O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 6, n.29, p. 197, jan./mar. 2007.

CONCLUSÃO

A possibilidade ou não de se penhorar o bem de família do fiador locatício gerou grandes debates no meio acadêmico e jurisprudencial, prevalecendo a tese da possibilidade da aplicação da penhora, conforme decisão, por maioria, do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 407.688 - SP.

Uma questão relevante que surge com a apreciação do tema é a disparidade de tratamento dispensado ao fiador e ao afiançado, tendo em vista que o garantidor poderá sofrer a expropriação de seu único imóvel, enquanto o locatário não pode sofrer tal constrição se possuir imóvel único. Mesmo com a sub-rogação nos direitos do locador, o fiador não possui meios de cobrar a dívida paga, já que na maioria dos casos, o afiançado não se encontra em condições de adimplir a obrigação.

A dignidade da pessoa humana também é outro tema afeto à questão, pois caso o imóvel do fiador venha a sofrer a constrição judicial, este e sua família poderão perder o lar em que vivem, tolhendo o direito à moradia e consequentemente, a dignidade da pessoa humana.

Por estas e outras razões, a decisão do Supremo Tribunal Federal é passível de críticas, pois, em que pese os princípios e direitos analisados anteriormente não serem absolutos, deverão ser apreciados de acordo com o caso concreto, haja vista a possibilidade de um interesse egoístico, como a satisfação do débito, superar garantias constitucionais indispensáveis para existência e dignidade do cidadão.

Não restam dúvidas de que o mercado locatício é fundamental para concretização do direito à moradia. Entretanto, se a constrição do imóvel residencial ocasionar a condição de miserabilidade ao fiador e sua família, tal não deve prosperar, pois o mercado é dinâmico e capaz de desenvolver-se por outros meios que não causem injustiças, como a regulamentação do seguro fiança, capaz de proporcionar a garantia que o mercado locatício almeja sem ferir princípios constitucionalmente consagrados.

A dignidade da pessoa humana é o norte do ordenamento jurídico, e um patrimônio mínimo, como o bem de família, é essencial para consecução deste princípio tão almejado, já que proporciona um direito imprescindível a qualquer cidadão, como o direito à moradia.

O que está em jogo é a aplicação ou não da exceção prevista no inciso VII

do artigo 3º da Lei 8.009/90, assim, configurada a hipótese de ofensa aos princípios e direitos garantidos pela nossa constituição, a referida exceção não deve ser aplicada, por outro lado, se a aplicação legal do dispositivo não restringir os direitos do fiador, isto é, não comprometer sua subsistência e não cercear seu direito à moradia, o dispositivo deverá ser aplicado, já que não fere as garantias constitucionais.

A tendência da doutrina moderna é analisar o direito civil através da ótica constitucional, ou seja, toda interpretação dada a dispositivos legais deverá sofrer um exame constitucional. Assim, para se conseguir dar concretude aos anseios sociais, o aplicador do direito deverá valer-se das garantias asseguradas pela nossa Carta Magna, sob pena de violar abertamente o ordenamento jurídico vigente.

Referências

AINA, Eliane Maria Barreiros. *O Fiador e o direito à moradia: Direito Fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família*. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2002.

ALBERTON, Genacéia da Silva. Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. (org.). *A Penhora e o Bem de Família do Fiador da Locação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família: com comentários à Lei 8.009/90*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de família: teoria e prática*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HONÓRIO, Cláudia. Penhorabilidade do bem de família do fiador e direito à moradia: uma leitura sistemática constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 104, n.396, p. 34-35, mar./abr. 2008.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: contratos*. 3.ed. v.3. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NETO, João Hora. *O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 6, n.29, jan./mar. 2007

PERES, Tatiana Bonatti. Direito à moradia. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.11, n.42, abr./jun. 2010.

RUAS, Aline Lopes. A penhorabilidade do bem de família do fiador à luz dos direitos e garantias fundamentais. *UNESC em Revista*, Espírito Santo, v. 9, n.19, jan./jun. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição. *Revista Brasileira de Direito Público RBDP*, Belo Horizonte, v. 1, n.2, jul./set. 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A impenhorabilidade do Bem de Família e as novas entidades familiares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, João Paulo de Faria. *Reforma agrária e preço justo: A indenização na desapropriação agrária sancionatória*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

CASTRO, Marcus Faro de. p. 26. *Análise Jurídica da Política Econômica*. Revista da Procuradoria–Geral do Banco Central, Brasília, v. 3, n.1, p., junho. 2009.

POLANYI, Karl. *A Grande Transformação: As origens da nossa época*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.